



Roj: **SAP M 13754/2019 - ECLI:ES:APM:2019:13754**

Id Cendoj: **28079370122019100241**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **30/09/2019**

Nº de Recurso: **123/2019**

Nº de Resolución: **413/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO HERRERO DE EGAÑA OCTAVIO DE TOLEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Santiago de Compostela, 100, Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933837

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0074435

Recurso de Apelación 123/2019

O. Judicial Origen:Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 410/2017

DEMANDANTE/APELANTE: MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 "

PROCURADOR: D. ARTURO ROMERO BALLESTER

DEMANDADOS/APELADOS: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 Nº NUM000 DE MADRID // ALCOTÁN VSP, S.L.

PROCURADOR: D. ISIDRO ORQUÍN CEDENILLA // D. LUIS AMADO ALCÁNTARA

PONENTE ILM. SR. D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTVIO DE TOLEDO

SENTENCIA Nº 413

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTVIO DE TOLEDO

Dª MARÍA JOSÉ ROMERO SUÁREZ

En Madrid, a treinta de septiembre de dos mil diecinueve.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario 410/2017 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid, a los que ha correspondido el rollo **123/2019**, en los que aparece como parte demandante-apelante MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 ", representada por el Procurador D. ARTURO ROMERO BALLESTER, y como parte demandada-apelada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 Nº NUM000 DE MADRID, representada por el Procurador D. ISIDRO ORQUÍN CEDENILLA, y ALCOTÁN VSP, S.L., representada por el Procurador D. LUIS AMADO ALCÁNTARA.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTVIO DE TOLEDO**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida en cuanto se relacionan con la misma.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 11 de octubre de 2018, cuyo fallo es del tenor siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Arturo Romero Ballester actuando en nombre y representación de la Mancomunidad de propietarios " DIRECCION000 " contra la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 nº NUM000 de Madrid representada por el Procurador de los Tribunales Isidro Orquín Cedenilla y contra la entidad Alcotán VSP, S.L. representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Amado Alcántara, debo absolver y absuelvo a las demandadas de todas las pretensiones contra ellas ejercitadas. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora."

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 " se interpuso recurso de apelación alegando cuanto estimó oportuno. Admitido el recurso se dio traslado a la parte contraria, oponiéndose al mismo ambas codemandadas y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, ante la que han comparecido los litigantes, sustanciándose el procedimiento por sus trámites legales y señalándose para la deliberación, votación y fallo del mismo el día 18 de septiembre de 2019, que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda interpuesta por la Mancomunidad DIRECCION000 solicita que se declare la nulidad del contrato suscrito entre la Comunidad de Propietarios CALLE000 NUM000 y la empresa Alcotán, que tenía por objeto arrendar a ésta última un espacio en la cubierta de la azotea del edificio sito en CALLE000 NUM000 . Entiende la actora que el contrato es nulo al no haber contado con la autorización de la Mancomunidad.

La comunidad demandada se opuso alegando, entre otras cuestiones, que el Conjunto DIRECCION000 está compuesto por el bloque NUM001 y la Torre NUM002 . El bloque consta a su vez de 3 portales, planta comercial y garaje y la Torre se compone a su vez del bloque NUM003 y NUM004 .

Cada portal, continúa indicando la contestación, constituye un cuerpo independiente desde el punto de vista arquitectónico y funcional. En la junta de constitución de la Comunidad del Conjunto se acordó crear unidades funcionales independientes para los asuntos propios de cada portal, garaje y locales comerciales, habiendo actuado cada uno de los edificios con total independencia en lo relativo al mantenimiento y uso de sus elementos comunes.

La sentencia que se recurre desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Se aceptan y dan por reproducidos los fundamentos de la resolución recurrida, salvo en aquello que resulten contradichos por los razonamientos de la presente resolución.

TERCERO.- Indica la actora en su recurso que la cubierta del edificio es un elemento común, tal y como indica expresamente el artículo 396 del Código civil, y la instalación de una antena de telefonía, indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011, no es una simple cesión de un espacio comunitario, sino que comporta una modificación estructural que requiere el consentimiento unánime.

Señala que fue la mancomunidad la que accionó frente a la constructora para la reclamación de defectos constructivos en la cubierta y quien obtuvo la indemnización derivada de dicha reclamación.

Alega la actora que las comunidades que integran la mancomunidad no pueden adoptar acuerdos relativos a elementos estructurales del conjunto del edificio, aun cuando dispongan de su uso exclusivo, ya que tal acuerdo no puede equipararse a aquellos que adopta la comunidad demandada sobre gastos de conservación y mantenimiento de elementos comunes, por lo que dicho acuerdo deberá ser adoptado por la Mancomunidad legalmente constituida.

Señala que cualquier acuerdo que afecte a un elemento común y modifique la configuración, apariencia o estructura del inmueble debe contar con el acuerdo unánime de todos los propietarios.

El recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- En la Junta de constitución de la Comunidad del Conjunto DIRECCION000 , en el apartado b) del punto 1º, se acuerda: " *constituir Comunidades de portal, garaje y locales comerciales para regir los asuntos*



que le sean propios y exclusivos, sujetos todos ellos en su funcionamiento a la Ley de Propiedad Horizontal y los estatutos" (documento 4 de la contestación, folio 232).

Es decir, desde su constitución la mancomunidad ha dotado de autonomía jurídica y de actuación a los diferentes portales que integran la mancomunidad.

Por tanto, resulta evidente que la hoy demandada goza de plena aptitud para realizar, sin necesidad de recabar consentimiento de la Mancomunidad, actos de administración con respecto a sus elementos comunes, ya que así se acordó en la constitución de la propia mancomunidad.

Cabe añadir que tal actuación independiente en lo relativo a la administración y mantenimiento de cada uno de los portales, por lo demás, se ha visto corroborada por la actuación reiterada en lo relativo a la administración de los distintos inmuebles que configuran la Mancomunidad.

El acertado y pormenorizado análisis y valoración de la prueba que realiza la juzgadora de instancia en la sentencia recurrida -que esta Sala hace suyo-, pone de manifiesto que existe una abrumadora prueba que acredita que los portales actuaban de forma independiente y que la Mancomunidad se limitaba a intervenir en los asuntos que afectaban a los viales y demás elementos comunes a todo el complejo, pero sin intervenir en lo relativo a la administración de los diferentes edificios que la componían es abrumadora.

Efectivamente, aparte de las abundantes actas de la comunidad demandada que acreditan su actuación como comunidad con plena autonomía funcional y económica para los asuntos relativos a su administración y mantenimiento, la prueba practicada en el acto de juicio incide con claridad en lo señalado, ya que los señores Luis María , que fue vicepresidente de las Torres y Mancomunidad en su fundación, como la señora Camino y la señora Caridad que, aproximadamente, desde el año 2000 hasta el año 2015, fue administradora de los portales, a través de sus manifestaciones corroboran que los distintos portales actuaban con total autonomía e independencia desde un principio, tal y como por otro lado, cabe añadir, se estableció en la junta de constitución de la propia Comunidad.

Todo ello no hace sino incidir en que la demandada estaba legitimada para realizar actos de administración sobre sus elementos comunes.

QUINTO.- El hecho de que haya sido la Mancomunidad la que haya formulado demanda reclamando por los vicios constructivos que afectaban, entre otros elementos comunes, a las cubiertas, no desvirtúa lo indicado.

La autorización para realizar actos de administración por parte de la hoy demandada es clara y proviene del acto fundacional de la propia Mancomunidad, y resulta además corroborado por una práctica constante y uniforme, que tal hecho, por lo demás puntual y aislado, no desvirtúa ni deslegitima a la hoy demandada para realizar por sí actos de administración y utilización de sus elementos comunes, tal y como le autoriza el acta fundacional y tal y como, por otro lado y como queda indicado, una práctica constante y reiterada ha corroborado.

Si bien lo indicado ya llevaría a desestimar tal alegación, cabe añadir que, tal y como indica además la sentencia recurrida, resulta perfectamente verosímil que los propietarios actuasen encabezados por la mancomunidad dado que iban a reclamar múltiples vicios de construcción en elementos comunes de los diferentes edificios que integran la Mancomunidad, siendo igualmente verosímil que ello obedeciese al consejo de los letrados, tal y como manifestó la señora Caridad que le había sido comentado, así como el Señor Luis María , no existiendo motivo para dudar de la veracidad de tales manifestaciones, ya que aun cuando el Sr. Luis María sea propietario de un piso en la comunidad demandada, no existe motivo objetivo para entender que, bajo juramento, haya declarado falsamente.

SEXTO.- Procede determinar si el contrato de arrendamiento de la azotea para la instalación de una antena de telefonía móvil, constituye un acto de administración que la demandada puede realizar sin necesidad de consentimiento de la actora, o es un acto que excede de tal ámbito y que, en consecuencia, precisa del consentimiento de la recurrente.

La doctrina del Tribunal Supremo viene señalando que el arrendamiento de la cubierta-azotea es un acto de mera administración, salvo que conste que dicho arrendamiento pueda incidir en la estructura del edificio o afectar a su configuración exterior.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007 indica (el subrayado es propio de esta resolución):

"La cubierta- azotea de un edificio sujeto al régimen jurídico de propiedad horizontal es un elemento común, por así disponerlo el artículo. 396.1 del CC, y como tal de uso común por los propietarios del inmueble. Ahora bien, ello no impide que se pueda disponer acerca de su uso a favor de uno o varios titulares de departamentos, o de terceros ajenos a la comunidad, haciéndolo, como en este caso, a través de un contrato de arrendamiento cuya



celebración no precisa la unanimidad de los propietarios, conforme al art. 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, sino que basta el régimen de mayorías de su número 2 puesto que se trata de un acto de mera administración, y no de disposición, por un tiempo concreto, que no altera la naturaleza de la cubierta como elemento común y no existe constancia alguna (nada dice la sentencia) de que la obra puede incidir en la estructura del edificio o afectar a la configuración o estado exterior del edificio o de la cubierta"

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011, citada por el recurrente, no se aparta de dicha doctrina, por el contrario la corrobora, ya que tras transcribir el apartado de la sentencia de 22 de mayo de 2007 al que aludíamos en el anterior párrafo, señala que, no obstante, la sentencia allí recurrida entendía que la instalación de la antena de telefonía móvil constituía una modificación estructural por la forma en que se iba a proceder a su instalación, tal y como se desprendía de los hechos que la Audiencia daba por probados.

Indica en concreto la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 (el subrayado es propio de esta resolución):

"Los razonamientos de los dos recurrentes no atacan tal conclusión, sino que se limitan a insistir en el hecho de que los actos de mera administración no exigen la unanimidad, y que la instalación de la antena de telefonía se configura como un mero arrendamiento, sin tener en cuenta que, en el caso que se examina, la Audiencia Provincial ha fijado la necesidad del consentimiento unánime para adoptar un acuerdo que constituye una alteración estructural del edificio, debido al modo en que tal instalación va a ser ejecutada, conforme a los hechos que la Audiencia Provincial declara probados."

Es decir, la referida Sentencia del Tribunal Supremo lo que señala es que, siendo el arrendamiento de un elemento común para la instalación de un sistema de telefonía, en principio, un acto de administración, será un acto que requiere unanimidad si queda probado que por la forma de instalación se va a afectar a la estructura del edificio.

Corrobora lo indicado la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013, la cual dilucidaba *"la validez del acuerdo de la Junta de Propietarios de la Comunidad demandada, integrada en la Mancomunidad demandante-recurrente, que autorizó por su cuenta la instalación de una antena de telefonía en la cubierta común del edificio sin recabar el consentimiento unánime de toda la Mancomunidad"*.

Dicha Sentencia de 15 de enero de 2013, refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 indica (el subrayado es propio de esta resolución):

" la AP no infringió la doctrina sentada por esta Sala en la única sentencia de las citadas en el escrito de interposición que verdaderamente guarda relación con la ratio decidendi [razón decisoria] de la sentencia recurrida (la de 18-7-2011, RC n.º 218/2008, que se invoca en el motivo tercero de casación, por la que se reputan válidos los acuerdos de instalación de antenas de telefonía adoptados por mayoría en los casos en que no resulta acreditada la alteración estructural) pues si dicha doctrina llevó a esta Sala a ratificar en aquel caso la decisión de la AP de anular el acuerdo tomado por falta de unanimidad, fue precisamente porque, a diferencia del presente caso, entonces la AP sí declaró probada la alteración estructural del edificio debido al modo en que tal instalación iba a ser ejecutada".

En el supuesto enjuiciado en dicha resolución, el Tribunal Supremo señala la validez del acuerdo de la comunidad al constar probado que la instalación no afectaba a la configuración o aspecto exterior del inmueble.

En el presente supuesto, no alega la demandante que el sistema de telefonía instalado en la azotea de la comunidad demandada afecte a su estructura o configuración exterior, desprendiéndose de su demanda que entiende que tal actuación constituye, por sí misma, una modificación estructural, si bien, como se desprende de la reseñada doctrina del Tribunal Supremo, en principio es un acto de administración salvo que conste debidamente probado que afecta a la estructura o a la configuración exterior del edificio.

En todo caso, no existe prueba que acredite debidamente que la antena de telefonía instalada afecte a la estructura o apariencia exterior del edificio, cuestión que debe quedar acreditada para considerar que la instalación de una antena de telefonía constituye un acto de disposición de los elementos comunes, tal y como señala la doctrina del Tribunal Supremo que queda referida, hecho cuya carga probatoria incumbe a la actora, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SÉPTIMO.- Cabe añadir a todo lo indicado que, tal y como señala la sentencia recurrida, aparte de lo ya reseñado, la actuación de la demandante vulnera la doctrina de los actos propios.

Actos propios son aquellos que, por contradecir actuaciones previas, quiebran la legítima confianza que la otra parte había depositado en el actuar previo, vulnerando con ello la buena fe que debe presidir las relaciones



jurídicas, tal y como indica el artículo 7.1 del Código civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2015, 30 de septiembre de 2.013, 14 de febrero de 2002 y 24 de mayo de 2001, entre otras muchas)

Se desprende de lo actuado que la mancomunidad actora se ha abstenido durante años de intervenir en la gestión y explotación de los elementos comunes propios de cada edificio y que, habiéndose firmado el contrato cuya nulidad pretende en septiembre de 1998, la actuación que actualmente reprocha a la demandada se ha realizado a su vista, ciencia y paciencia, sin que conste que haya efectuado reclamación u objeción alguna.

Si bien no consta con exactitud la fecha de instalación del sistema de telefonía, es evidente que, dado que el contrato se suscribió hace 20 años, salvo que constase una anómala tardanza en verificar la instalación a la que la codemandada adquirió derecho por virtud del contrato, lo lógico y racional (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es concluir que la condescendencia y pasividad de la demandada ha tenido que desarrollarse durante un muy dilatado espacio de tiempo.

Tal conjunto de actuaciones, o para ser más precisos de omisiones, por parte de la hoy actora, es evidente que configuran un estado de hecho que ha de generar en la demandada la fundada y lógica confianza en que tenía aptitud para contratar en los términos en que lo hizo y que la mancomunidad nada tenía que objetar a tal actuación, siendo por ello la presentación de la actual demanda una actuación en contra de sus propios actos.

OCTAVO.- Siendo la presente resolución desestimatoria del recurso interpuesto, con arreglo a los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer al recurrente el pago de las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 " contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 2018 dictada en autos de Procedimiento Ordinario 410/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid en los que fueron demandadas COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 N° NUM000 DE MADRID y ALCOTÁN VSP, S.L., y en consecuencia, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, imponiendo al recurrente el pago de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por los motivos previstos en el artículo 477.2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimosexta de la misma Ley, si concurren los requisitos legalmente exigidos para ello, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2579-0000-00-0123-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Una vez firme la presente resolución, devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de la misma, para su conocimiento y efectos.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.